



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FAJS - CURSO DE DIREITO

FÁBIO LUIZ BRAGANÇA FERREIRA

**A MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E
O GARANTISMO PENAL**

Brasília
2010

FÁBIO LUIZ BRAGANÇA FERREIRA

**A MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E
O GARANTISMO PENAL**

**Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.**

**Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis
Bastos.**

**Brasília
2010**

FÁBIO LUIZ BRAGANÇA FERREIRA

A MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E O GARANTISMO PENAL

**Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.**

**Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis
Bastos.**

Brasília, 08 de Junho de 2010

Banca Examinadora

**Prof Marcus Vinicius Reis Bastos
Orientador**

**Prof
Examinador**

**Prof
Examinador**

RESUMO

Esse trabalho de pesquisa parte do dispositivo constitucional que ordena que todas as decisões do Poder judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade. Esse mandamento possui relevante importância para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, e de prevenção contra qualquer espécie de regime autoritário ou ditatorial. Em uma análise mais superficial, pode-se perceber a importância dessa norma, que vincula a legalidade de uma decisão à sua fundamentação. Ao decidir determinada questão, o julgador deve demonstrar qual caminho percorreu para alcançar aquela conclusão. Inibe, portanto, decisões arbitrárias que poderiam surgir unicamente da consciência (subjativa) do julgador, sem qualquer argumentação técnica explicativa. Dessa forma, dita fundamentação aparece como uma segurança ao jurisdicionado, devendo o juiz explicar-se, discorrendo sobre como chegou a sua decisão. Para melhor compreensão do tema, torna-se importante também o estudo da teoria do garantismo penal, criada e desenvolvida pelo jurista italiano, Luigi Ferrajoli. Essa teoria será abordada de forma ampla, sendo citadas e analisadas suas principais características, procurando, também, estabelecer um vínculo desta, com o tema central da nossa monografia, a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais.

Palavras Chaves: Motivação. Sentença. Penal. Garantismo penal.

[Marcus Vi1] Comentário: O resumo está ok. Mais adiante, concluída a monografia, sugiro que faça uma última revisão dele.

Formatado: Espanhol (internacional)

RESUMEN

Este trabajo parte de la análisis del dispositivo constitucional que obliga sean todas las decisiones del poder judicial bien fundadas, bajo pena de nulidad. Este mandamiento tiene gran importancia para el mantenimiento de un Estado democrático de derecho y la prevención contra cualquier tipo de ejercicio autoritario o dictatorial de poder. En un análisis más superficial, puede obtener la importancia de esta norma, que enlaza la legalidad de una decisión para su justificación. Al decidir sobre una cuestión en particular, el juez debe demostrar qué forma camino para llegar a esa conclusión. Por lo tanto, inhibe decisiones arbitrarias que pudieran surgir únicamente de la conciencia (subjetiva) del juzgador, sin cualquier argumentación técnica explicativa. De esta forma, la motivación aparece como una garantía para el jurisdicionado, habiendo el juez explicar acerca de cómo llegó a su decisión. Para la mejor comprensión del tema, también es importante para el estudio de la teoría del garantismo penal, creada y desarrollada por el jurista italiano, Luigi Ferrajoli. Esta teoría será debatida ampliamente, siendo citadas y analizadas sus principales características, tratando también de establecer un vínculo con el tema central de nuestra monografía, la garantía constitucional de motivación de las decisiones judiciales.

Palabras clave: Motivación. Pena. Derecho Penal. Garantismo penal.

Formatado: Português (Brasil)

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	<u>06</u>
<u>1. GARANTISMO PENAL</u>	
1.1 O modelo garantista e os axiomas de Ferrajoli	09
1.2 O princípio da legalidade estrita	13
1.3 Processo penal e garantismo	15
1.4 A democracia e o garantismo penal	18
1.5 Poder judiciário brasileiro e ministério público frente ao garantismo penal	20
1.6 A motivação das decisões judiciais e o garantismo penal	26
<u>2. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO</u>	
2.1. O que é motivar, qual o sentido e os fundamentos dessa garantia	29
2.2 Motivação e juízo de valor	34
<u>3. MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA</u>	
3.1 O discurso condenatório	39
3.2 As alegações das partes	43
3.3 Referência à prova	47
<u>CONCLUSÃO</u>	<u>50</u>
<u>REFERÊNCIAS</u>	<u>53</u>

INTRODUÇÃO

Esse trabalho pretende analisar a garantia constitucional disposta no artigo 93 inciso IX da Constituição Federal, que ordena sejam todas as decisões do Poder Judiciário motivadas, sob pena de nulidade.

Inicialmente, para uma compreensão mais aprofundada do tema, será feita uma análise, no que concerne, da teoria do garantismo penal, formulada pelo prof. FERRAJOLI, procurando abordar de forma ampla essa teoria procurando por fim, estabelecer um vínculo com a atividade do magistrado, como este deverá proceder na aplicação da pena, ou seja, quais regras deverá obedecer para tornar legítimas suas sentenças.

Essa teoria é de fundamental importância para esse estudo, visto que analisa as garantias do cidadão face ao Estado, ou seja, quais são as garantias do mais fraco (indivíduo) frente ao mais forte (Estado). Analisa questões de interesse do investigado, como por exemplo, a possibilidade (ou não) do Ministério Público ser titular dos procedimentos investigatórios, a limitação dos prazos das interceptações telefônicas, os requisitos necessários à decretação de prisões cautelares, entre outras.

Dentre as questões pertinentes ao garantismo penal, encontra-se a garantia da motivação (fundamentação) das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Essa condição de legitimidade das decisões emanadas pelos membros da magistratura, se faz especialmente importante na esfera penal, onde o que está em jogo é a liberdade do cidadão, sendo, portanto, imprescindível um alto grau de atenção às garantias do acusado. Desnecessário, dessa forma, frisar a importância que adquire a fundamentação de um decreto condenatório na esfera penal.

Nessa mesma esteira de raciocínio, depois de visto os pontos da Teoria do Garantismo Penal que interessam a essa pesquisa, passaremos para a análise da motivação das decisões penais condenatórias propriamente ditas, desmembrando assim, as especificidades do tema.

Primeiramente, cabe mencionar a evolução que sofreu a garantia a que se dedica essa pesquisa ao longo do tempo. Segundo ensina o prof Scarance¹, era entendida como uma garantia *endoprocessual*, ou seja, produzia interesse única e exclusivamente nas partes do processo a quem competia recorrer caso não restasse satisfeita sua pretensão. E a isso se resumia a análise que era feita do dever do magistrado de motivar suas decisões. Não estando, ao tempo dessas interpretações, disposta no corpo da Constituição Federal.

No ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Carta Política de 1988, a garantia da motivação adquiriu *status* constitucional ao ser incluída no corpo da *Magna Carta*, superando sua feição *endoprocessual* citada acima. Passou, portanto, a possuir um caráter mais importante visto que gera, agora, uma espécie de *garantia jurisdicional*, extrapolando o âmbito do processo (no caso específico), a um nível maior. Interessa além daqueles que diretamente participam do processo, mas a todos que desejarem fiscalizar a atividade jurisdicional. Nota-se portanto, nas lições do professor Scarance, uma nítida conotação de 'explicação' para a sociedade por parte do aplicador do direito no ato de fundamentar suas decisões. Essa evolução na forma de encarar a motivação das decisões, ocorreu de forma extremamente positiva não apenas dentro do ordenamento jurídico em si, mas em relação a toda a comunidade que encontra-se certamente em uma posição de maior segurança perante aos órgãos aplicadores da lei.

Entendida a importância, e feito aqui um rápido apanhado histórico do tema, o estudo segue com a análise detalhada de determinados pontos relativos à sentença penal condenatória e a sua motivação.

A pesquisa irá procurar entender o sentido da norma do artigo 93, inciso IX da CF/88, buscando delimitar os fundamentos dessa garantia, o juízo de valor realizado pelo magistrado no caso concreto, bem como a subjetividade que é intrínseca a essa atividade.

Por fim, será realizada uma observação do discurso condenatório, assim como dos elementos que o integram e os fatores a que o juiz pode legitimamente se referir para embasar a condenação do réu. Pertinente também, será uma breve referência, com a devida vênua à complexidade do tema, acerca da legalidade (ou não) da motivação conhecida

¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 129.

como *implícita*, onde o Magistrado entende prescindível a análise detida de todas as alegações produzidas pelas partes; e do vínculo existente entre a motivação e as provas trazidas ao conhecimento do julgador.

Como visto, a pesquisa tem por objetivo entender qual o alcance da norma prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal. Quais os requisitos necessários e elementos que devem estar contidos em uma sentença condenatória, na esfera penal, para que esta se considere legítima e em conformidade com o espírito da nossa Carta Política.

1 GARANTISMO PENAL

1.1 O modelo garantista e os axiomas de Ferrajoli

O Garantismo Penal é a teoria idealizada e desenvolvida pelo jurista italiano LUIGI FERRAJOLI. Estudo que trata das garantias propiciadas pelo sistema ao cidadão, como dito introdutoriamente, trata das ferramentas garantidoras de direitos, essencialmente de liberdade, do mais fraco frente ao mais forte, do cidadão frente ao Estado.

Sobre o que é o Garantismo, e quais são suas origens fundadoras, as palavras de FERRAJOLI ²:

Garantismo é antes de tudo um modelo de direito. Neste sentido, significa submissão a lei constitucional, à qual todos deverão ser sujeitados, sendo incorreto vinculá-lo a qualquer soberania interna de poderes institucionalizados, pois essa noção de soberania foi dissolvida pelo constitucionalismo. Como decorrência, todos os poderes estão submetidos à vontade da lei que transformará os direitos fundamentais em direito constitucional interno. [...]

Antes de tudo, é necessário recordar que o garantismo nasce no âmbito dos direitos individuais, na tradição iluminista, como forma de limite ao poder soberano estatal (liberdade pessoal, de consciência, etc.), sendo necessário precisar, ainda, que teve muita influência nesse processo a estipulação dos direitos positivos sociais, agregados aos direitos negativos de liberdade.

Do que se conclui que a “realização de um modelo garantista está apoiada numa cultura garantística, fundada no respeito aos direitos do Homem.” ³

Ressalva importantíssima que deve ser feita quanto a esse sistema formulado pela teoria do garantismo penal, é que, como nos diz FERRAJOLI, trata-se de um modelo a ser seguido, um modelo limite. Deve, portanto, servir de exemplo aos Estados democráticos que visam proteger o cidadão de medidas judiciais de caráter inquisitivo e policialesco bem como afastar-se o tanto quanto possível de regimes autoritários, absolutistas e ditatoriais. Um exemplo, diga-se por oportuno, que por ser considerado limite, é também visto como intangível.⁴

² CHOUKR, Fauzi. **A Teoria do Garantismo Penal no Direito e no Processo Penal**. Boletim IBCCRIM, n. 77, abr.1999 Disponível em: <LINK>. Acesso em: 03.11.2009.

³ CHOUKR, Fauzi. **A Teoria do Garantismo Penal no Direito e no Processo Penal**. Boletim IBCCRIM, n. 77, abr.1999 Disponível em: <LINK>. Acesso em: 03.11.2009.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 42.

Tratou-se no estudo a que se refere esse trabalho, de se formular um sistema limite da prestação estatal no que se refere à proteção do cidadão. Nas palavras do próprio FERRAJOLI⁵:

Todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável. O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptarem perfeitamente a ela. A idéia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde, como veremos a partir desse capítulo, a uma ilusão metafísica: com efeito, tanto as condições de uso do termo “verdadeiro” quanto os critérios de aceitação da “verdade” no processo exigem inevitavelmente decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade.

Feita essa observação, é lícito concluir, portanto, que o modelo aqui abordado, ainda que sabidamente utópico, pode (deve) ser utilizado como referencial de racionalidade pelos Estados Democráticos de Direito que adotem para si Constituições tidas como garantistas. Serve dessa forma não apenas como modelo, mas também, como instrumento verificador da legitimidade e legalidade dos institutos penais e processuais.⁶

Esse modelo formulado pela Teoria do Garantismo Penal, assim como qualquer outra tem seus alicerces informados em princípios concretos e bem desenvolvidos, e de acordo com o guia desse nosso estudo, a Teoria do Garantismo Penal, se apóia principalmente no princípio da legalidade estrita, da materialidade e lesividade dos delitos, da responsabilidade pessoal, do contraditório entre as partes, e da presunção de inocência, dentre outros.⁷

Vale lembrar que esses princípios, assim como os demais adotados pelo Garantismo Penal, procuram sempre preservar os direitos humanos e fundamentais, observando com mais atenção, porém, aquele que é um dos bens mais importantes do ser humano, a liberdade, impondo assim, limites ao direito-dever de punir do Estado face ao cidadão.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 42.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 44.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 37.

Temos, portanto, que o Garantismo pressupõe além de um Estado de Direito, uma eficiente proteção dos direitos humanos e fundamentais; em tempo, leia-se por Estado de Direito aquele resultante de movimentos liberais de inspiração iluminista, que vêm a pregar a limitação do poder estatal tanto no conteúdo quanto na forma por intermédio de normas constitucionais, que por sua vez, respeitem esses direitos como pressuposto de sua validade.⁸

A questão dos direitos fundamentais é certamente um dos pontos centrais no que diz respeito ao estudo da Teoria do Garantismo Penal, o que nos induz a uma única e breve observação, pois pertinente, quanto à delimitação do seu conteúdo. Com a devida ressalva, e a par da complexidade e profundidade do tema.

Dessa forma, o que nesse momento nos permitimos ponderar é que os direitos fundamentais possuem, em última análise, um conteúdo variável de acordo com o local e o momento histórico nos quais se procura delimitá-los⁹, ou seja, esse conteúdo oscila conforme o grau de evolução ou civilização de um determinado grupo em determinado momento, bem como, conforme o regime político adotado por algum estado em determinado período histórico por exemplo.

Feita essa ressalva, abordaremos agora a proposição de FERRAJOLI acerca da utilização de 10 (dez) princípios fundamentais úteis para sua definição e delimitação teórica, aos quais chamou de “dez axiomas do garantismo penal”¹⁰. Esse ponto é de vital importância para a visualização dessa teoria como um todo, e, portanto, para sua compreensão.

Assim como o modelo penal garantista é um modelo-limite, e, nas próprias palavras de FERRAJOLI, “jamais perfeitamente satisfável”¹¹, os próprios axiomas (princípios) que o compõe como tal não determinam o 'ser', mas sim o 'dever ser', não retratando, portanto, o que os sistemas penais efetivamente satisfazem, como dito, mas sim o

⁸ CAMPELLO WALTER, Fernanda Barreto. **Garantismo e proteção internacional**: por um conteúdo para os direitos fundamentais. Artigo IBCCRIM. Disponível em: <LINK>. Acesso em: 03.11.2009.

⁹ CAMPELLO WALTER, Fernanda Barreto. **Garantismo e proteção internacional**: por um conteúdo para os direitos fundamentais. Artigo IBCCRIM. Disponível em: <LINK>. Acesso em: 03.11.2009.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 91.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 91.

que devem satisfazer. Os axiomas em questão, quando adotados em conjunto pelo sistema penal devem ser vistos como condicionantes da aplicação da penalidade, ou seja, são pressupostos exigidos normativamente à aplicação da pena.

Entendidos como conjunto caracterizado pela sensível interdependência que os une e por ser valor intrínseco dos sistemas penais dos modernos Estados Democráticos de Direito, é importante ressaltar que a falência ou a inexistência de qualquer um desses axiomas, dá azo ao surgimento de alguma forma de regime autoritário ¹², também por isso é de extrema importância a sua atenta observação.

Antes de elencar os agora abordados dez axiomas, é válido para melhor compreensão do tema, citar os 11 (onze) termos utilizados por FERRAJOLI na elaboração desses princípios, quais sejam: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. ¹³

Sobre esse ponto, FERRAJOLI destaca: “Cada um desses termos, excluído obviamente o primeiro, designa uma condição necessária para a atribuição de pena dentro do modelo de direito penal que ele mesmo concorre em definir.” ¹⁴

Em tempo, o elenco ¹⁵ dos 10 (dez) axiomas de FERRAJOLI:

A1 *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito);

A2 *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito);

A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia do direito penal);

A4 *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento);

A5 *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação);

A6 *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal);

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 89-ss.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 89.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 89-90.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 91.

A7 *Nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito);

A8 *Nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação);

A9 *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova ou da verificação);

A10 *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade).

Dentre esse elenco, observaremos com vagar o princípio da Legalidade Estrita, disposto no referencial alfa-numérico A3, por ser considerado central no que se refere a racionalidade do modelo garantista, mantendo estrita relação com a produção de leis penais e processuais penais, bem como com a “lei” considerada no seu sentido substancial ¹⁶, como veremos mais adiante.

1.2 O princípio da legalidade estrita

Temos na legalidade estrita, como visto, um princípio informador da produção legislativa, sendo, portanto, direcionada ao legislador. Esse princípio, procura incutir nessa atividade o espírito garantista, direcionando e fornecendo parâmetros para a confecção de normas de caráter penal. Esses parâmetros estabelecidos pela teoria garantista são muito bem delimitados quanto à natureza que deve ser dada às normas a serem produzidas, visando assim, evitar principalmente legislação de cunho discriminatório.

O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter “constitutivo” e não “regulamentar” daquilo que é punível: como as normas que, em terríveis ordenamentos passados, perseguiam as bruxas, os hereges, os judeus, os subversivos e os inimigos do povo; como as que ainda existem em nosso ordenamento, que perseguem os “desocupados” e os “vagabundos”, os “propensos a delinquir”, os “dedicados a tráficos ilícitos”, os “socialmente perigosos” e outros semelhantes. Diremos pois, aplicando ao direito penal uma distinção recentemente elaborada pela teoria geral do direito, que o princípio da estrita legalidade não admite “normas constitutivas”, mas somente “normas regulamentares” do desvio punível: portanto, não admite normas que criam ou constituem *ipso jure* as situações de desvio sem nada prescrever, mas somente regras de comportamento que estabelecem uma *proibição*, quer dize, uma modalidade deôntica, cujo conteúdo não pode ser mais do que uma *ação*, a respeito da qual seja aleiticamente possível tanto a omissão

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 93.

quanto a comissão, uma exigível e a outra obtida sem coação e, portanto, imputável à culpa ou responsabilidade de seu autor.¹⁷

A partir desses ensinamentos, podemos concluir que dito princípio atua em duas frentes, primeiramente protegendo firmemente a liberdade do cidadão, ao estabelecer que somente seja punível o fato previamente estabelecido por lei, ou seja, não será passível de pena, aquela ação que não estiver previamente prevista em lei como delituosa; ao passo que, prega a igualdade jurídica de todos os cidadãos, visto que as normas devem ater-se a tipos objetivos de ações puníveis e não a sanções de cunho discriminatório, que tenham seu foco, por exemplo, em determinado grupo de indivíduos.¹⁸

Observa-se, portanto, que esse princípio ocupa uma posição de referência central nesse sistema de garantias (dez axiomas) tendo em vista que “**exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal.**”¹⁹ [grifo nosso]

Dessa forma, a lei é condicionada por esse princípio, visto que deve seguir pressupostos estabelecidos normativamente como condições de legitimidade da mesma. Identifica-se também com a chamada reserva legal, exigindo assim a sujeição do juiz a lei, e somente à ela²⁰. Sobre esse ponto, FERRAJOLI conclui, dizendo que “o princípio cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a *decidibilidade da verdade* de seus enunciados.”²¹

De entender-se então, que o processo penal deve ser considerado, segundo os ensinamentos do garantismo, um processo cognitivo ou de comprovação onde os fatos alegados pela acusação “sejam concretamente submetidas a verificações e expostas à

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal** 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 39.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal** 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 40.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal** 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 93.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal** 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 93.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal** 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 93.

refutação, de modo que resultem apenas convalidadas se forem apoiadas em provas e contraprovas, segundo a máxima *nullum iudicium sine probatione*.”²²

Esse modelo de processo penal, baseado nos axiomas de FERRAJOLI e preferido pelo garantismo, busca excluir o máximo possível a subjetividade das valorações, buscando sempre basear-se em critérios objetivos previamente estabelecidos em lei.²³

Sobre as esferas de atuação do legislativo e do judiciário, FERRAJOLI nos brinda com um valioso ensinamento do filósofo ARISTÓTELES que ordenava: “leis bem dispostas determinem por si tudo quanto seja possível, deixando aos que julgam o menos possível, [...] mas é forçoso que aos juízes se lhes deixe a decisão sobre se algo aconteceu ou não” e “se é ou não é, pois não é possível que isso o preveja o legislador.”²⁴

Em face dessas considerações, apresenta-se um importante ensinamento a ser observado na aplicação da pena pelo magistrado, observando, dessa forma, que deve basear-se na “comissão de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas pela lei mas também pela hipótese de acusação, de modo que resulte suscetível de prova ou de confrontação judicial, de acordo com o brocardo jurídico, *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*.”²⁵

1.3 Processo penal e garantismo

Nesse momento buscaremos analisar as influências que o garantismo penal produz no processo penal. Nesse sentido, é pertinente fazer uma observação ao que os estudiosos do tema chamam de *instrumentalidade garantista do processo penal*.²⁶ Das lições do prof. AURY LOPES JR., retiramos:

[...] a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter

²² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 41.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 41.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 41.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 40.

²⁶ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois trata-se de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal, à pena, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo. É o que denominamos **instrumentalidade garantista**.²⁷ [grifo do autor]

Dessa forma, o Estado tem no processo penal um limitador do seu poder no que se refere a punição do cidadão, e este tem no processo um garantidor dos seus direitos previstos constitucionalmente. O processo penal funciona então como instrumento na medida em que declara as 'regras do jogo' de forma objetiva, vedando atos abusivos por parte do poder estatal afastando assim qualquer forma de arbítrio, impondo ao Estado, em última análise, o dever seguir seus mandamentos.²⁸

O processo penal, adquire então, nessa perspectiva, além da função de verificar a culpa e aplicar a pena, se for o caso, a de ser o instrumento garantidor das liberdades e garantias individuais. “Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc.”²⁹

Esse modelo, chamado aqui de *processual penal garantista*, encontra seu par no *Direito Penal Mínimo*, que representa o maior grau de proteção às liberdades e garantias individuais contra o poder abusivo e arbitral do Estado, sendo este, portanto, limitado ao máximo. Essas ferramentas limitadoras do poder estatal, típicas do direito penal mínimo e dos estados garantistas, produzem por si uma racionalidade do processo penal decorrente da existência de parâmetros precisos e racionais, afastando dessa forma a imprevisibilidade das penalidades. Circunstância inerente aos regimes autoritários e antigarantistas.³⁰

No caso do Estado que adota para si o Direito Penal Mínimo, no seu ordenamento “incorporam-se limites na forma de proibições ou condições impostas ao “quando” e ao “como” do exercício do poder de punir, para a tutela de valores – como os

²⁷ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 10.

²⁸ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 32.

²⁹ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 37.

³⁰ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 46-47.

direitos inalienáveis, a igualdade de tratamento e a certeza do direito – postos ao resguardo do arbítrio punitivo.”³¹

Nessa linha de raciocínio, e para melhor compreender o sistema garantista do direito penal mínimo, é válido tecer algumas observações sobre sua antítese, seu contraponto, o *Direito Penal Máximo*.

Esse sistema se posiciona de maneira diametralmente oposta aos valores garantistas de vedações e limites ao poder punitivo do estado, encontrando-se presente invariavelmente nos regimes que adotam modelos políticos inquisitivos. Diferentemente do direito penal mínimo, onde impera o máximo, não existe previsibilidade acerca do deslinde do processo penal, suas condenações e penas, exatamente pela falta de parâmetros certos e racionais. Ou seja, torna-se imprevisível por não determinar limites e não primar pela racionalidade objetiva do processo.³²

Temos, portanto, que aqui o modelo dito antigarantista se caracteriza pelo privilégio a juízos de valor (**subjetividade**) em detrimento dos juízos de fato, relegando o caráter cognitivo ao segundo plano.³³

No *plano processual*, a **eficiência antigarantista** identifica-se, em linhas gerais, como modelo inquisitivo. Sempre que o juiz tem funções acusatórias ou a acusação tem funções jurisdicionais, e ocorre a mistura entre acusação e juízo, estão comprometidas a imparcialidade do segundo e, também, a publicidade e a oralidade do processo. A carência dessas garantias debilita todas as demais e, em particular, as garantias do estado de inocência, do ônus da prova, do contraditório e da defesa.³⁴ [grifo do autor]

Percebe-se então, a inviabilidade do direito penal máximo nos atuais estados democráticos que exigem a proteção do indivíduo frente a qualquer agressão por parte do estado, e a incompatibilidade dessa filosofia com as Constituições desenvolvidas da atualidade. ARAGONESES ALONSO vai além, destaca o dever de proteção do Estado não apenas para com o cidadão vítima do crime, mas também para com o delinquente, afirmando que, “incluso tiene el Estado el deber de proteger al propio delincuente, pues esto también es

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 335.

³² LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 47-48.

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 46.

³⁴ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 47-48.

uma forma de garantir el libre desarrollo de la personalidad, que es la función de la justicia.”³⁵

Sob uma perspectiva política, é força concluir que o processo penal deve observar cautelosamente as diretrizes do regime Democrático de Direito, adaptando-se à Constituição, que não pode, por sua vez, tolerar o chamado Estado-policia³⁶, ou qualquer outra espécie de regime político que determine, ou ainda, que seja conivente com a supressão das garantias previstas no texto constitucional.

1.4 A democracia e o garantismo penal

Frente a essas observações, podemos perceber que a Democracia como regime político, e como forma de posicionar o poder do Estado frente ao cidadão, mantém uma estreita relação com o garantismo e seus primados.

A Democracia é um sistema político que privilegia não apenas a vontade do cidadão na indicação dos indivíduos que integrarão o poder, mas privilegia também, o próprio cidadão frente ao Estado; existe uma proteção do cidadão que é assim valorizado em detrimento do poder estatal. Essa valorização (proteção) do cidadão que ocorre na política, naturalmente se refletiu para o processo penal na situação do indivíduo frente ao estado-juiz. Ou seja, existe uma proteção do cidadão frente ao direito-dever de punir do Estado em forma de limitações e vedações desse poder estatal. Isso é o que AURY LOPES JR. chamou de *democratização do processo penal*, visto que, como dito, refletiu “essa valorização do indivíduo no fortalecimento do sujeito passivo do processo penal.”³⁷.

Sobre a democratização do processo penal:

O processo penal deve passar pelo filtro constitucional e se democratizar. A democracia pode ser vista como um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, e que se manifesta em todas as esferas dessa complexa relação Estado-indivíduo, como consequência, opera-se uma *democratização do processo penal*, que se manifesta através do

³⁵ Apud LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 37.

³⁶ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 39.

³⁷ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 38-39.

fortalecimento do sujeito passivo. O indivíduo submetido ao processo penal passa a ser valorizado juridicamente.³⁸

Dessa forma, tendo em vista que o garantismo penal é uma teoria que procura garantir os direitos fundamentais, individuais ou coletivos, principalmente no que se refere aos de liberdade, a obediência aos mandamentos da teoria estruturada por FERRAJOLI nos encaminha diretamente ao real objetivo da democracia, qual seja, a proteção do cidadão, bem como dos seus intangíveis direitos constitucionais em toda sua extensão.³⁹ Concluimos esse argumento lembrando que “Num Estado democrático de Direito, não podemos tolerar um processo penal autoritário e típico de um *Estado-policia*l, pois o processo penal deve adequar-se à Constituição e não vice-versa.”⁴⁰ [grifo do autor]

Sobre a questão da democracia e direito, FERRAJOLI faz uma importantíssima observação no sentido de que a essência do garantismo penal, é garantir a todos os seus direitos fundamentais. Ele destaca que a idéia de *democracia*, possui estreita relação com a vontade da maioria, mas que é necessário proteger as minorias contra qualquer forma de ditadura dessa ‘vontade da maioria’.

Esta maioria poderia nessa concepção, fazer aquilo que quisesse. Naturalmente esta é uma idéia paradoxal, autoritária, lesiva dos direitos das minorias. É a dimensão política, a dimensão de quem decide, mas é necessário ter em conta em relação a que esta decisão é tomada, daquilo que é deixado à discricionariedade para ser decidido.

Mas eu defendo que a matéria decidível está circunscrita àquilo que não deve ser objeto de nenhuma decisão de poder soberano. A maioria deve estar restrita a decidir sobre as regras formais, a forma da decisão. [...]

Assim o chamado Estado Democrático de Direito, como um sistema de limites e vínculos, corresponde a uma dimensão substancial, àquilo que não deve ser objeto de decisão pela maioria.⁴¹

Esse argumento reitera então, a idéia de que o julgador não está vinculado à vontade da maioria, mas sim à sua função de garantidor dos direitos fundamentais de todos os jurisdicionados. O papel do judiciário (jurisdição), ou seja, sua função é, portanto, do ponto de vista do Garantismo, “destinado ao controle sobre a ilegalidade no exercício do poder. [...]

³⁸ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 40.

³⁹ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 45.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 39.

⁴¹ CHOUKR, Fauzi. **A Teoria do Garantismo Penal no Direito e no Processo Penal**. Boletim IBCCRIM, n. 77, abr.1999. Disponível em: <LINK>. Acesso em: 03.11.2009.

E cada aumento de garantia, isto é, de limites e vínculos, comporta um aumento no papel da jurisdição.”⁴²

1.5 Poder judiciário brasileiro e ministério público frente ao garantismo penal

O Poder Judiciário brasileiro não poderia ficar alheio à essa teoria que ganha força e foi aceita pela comunidade jurídica internacional e está, pela sua coerência com o pensamento que permeia o desenvolvimento do direito a nível mundial, servindo de base para a estruturação e reformulação jurídica dos modernos estados democráticos de direito. Procurando manter consonância com a evolução do conhecimento jurídico, a Suprema Corte Brasileira mediante algumas alterações de posicionamento nos apontam exemplos de observância da teoria do garantismo penal.

Vários são os que poderiam nos demonstrar a atenta preocupação da nossa Suprema Corte com relação aos direitos de liberdade do jurisdicionado, bem como os direitos fundamentais previstos na nossa Carta Política em geral. Mas aqui usaremos os exemplos trazidos por BADALOTTI⁴³ em seu artigo, mais especificamente o HC 84.078-MG, que, para melhor visualização e compreensão do tema, e de qual a sua relação com o garantismo penal, recomenda a leitura do **informativo 501 do STF**.⁴⁴

Para a melhor compreensão do exemplo trazido por BADALOTTI, colacionamos os trechos pertinentes do citado informativo:

Prisão Preventiva: Pendência de Recurso sem Efeito Suspensivo e Execução Provisória - I

O Tribunal iniciou julgamento de habeas corpus, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, em que se discute a possibilidade, ou não, de se expedir mandado de prisão contra o acusado nas hipóteses em que a sentença condenatória estiver sendo impugnada por recursos de natureza excepcional, sem efeito suspensivo. Trata-se de habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ que mantivera a prisão preventiva do paciente/impetrante, por entender que esta, confirmada em segundo grau, não ofende o princípio da não-culpabilidade, porquanto os recursos especial e extraordinário, em regra, não possuem efeito suspensivo - v. Informativos 367 e 371. O Min. Eros Grau, relator, concedeu a ordem para determinar que o paciente aguarde em liberdade o

⁴² CHOUKR, Fauzi. **A Teoria do Garantismo Penal no Direito e no Processo Penal**. Boletim IBCCRIM, n. 77, abr.1999. Disponível em: <LINK>. Acesso em: 03.11.2009.

⁴³ BADALOTTI, Damaris. O Supremo e a teoria do garantismo penal. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 302, p. 64-65, 15 ago. 2009.

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo501.htm>> Acesso em: 07.11.2009.

trânsito em julgado da sentença condenatória. HC 84078/MG, rel. Min. Eros Grau, 9.4.2008. (HC-84078)

Prisão Preventiva: Pendência de Recurso sem Efeito Suspensivo e Execução Provisória - 2

O relator salientou que a orientação até agora adotada pelo Supremo, segundo a qual não há óbice à execução da sentença quando pendente apenas recursos sem efeito suspensivo, deve ser revista. Esclareceu, inicialmente, que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal, artigos 105, 147 e 164), além de adequados à ordem constitucional vigente (art. 5º, LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"), sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP, que estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença. Asseverou que, quanto à execução da pena privativa de liberdade, dever-se-ia aplicar o mesmo entendimento fixado, por ambas as Turmas, relativamente à pena restritiva de direitos, no sentido de não ser possível a execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado. Aduziu que, do contrário, além da violação ao disposto no art. 5º, LVII, da CF, estar-se-ia desrespeitando o princípio da isonomia. HC 84078/MG, rel. Min. Eros Grau, 9.4.2008. (HC-84078)

Prisão Preventiva: Pendência de Recurso sem Efeito Suspensivo e Execução Provisória - 3

Em seguida, o relator afirmou que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar. Enfatizou que a ampla defesa englobaria todas as fases processuais, razão por que a execução da sentença após o julgamento da apelação implicaria, também, restrição do direito de defesa, com desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. Ressaltou, ademais, que o modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1984 conferiria concreção ao denominado princípio da presunção de inocência, não sendo relevante indagar se a Constituição consagraria, ou não, a presunção de inocência, mas apenas considerar o enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, sanção ou consequência jurídica gravosa que dependesse dessa condição constitucional. Frisou que esse quadro teria sido alterado com o advento da Lei 8.038/90, que instituiu normas procedimentais relativas aos processos que tramitam perante o STJ e o STF, ao dispor que os recursos extraordinário e especial seriam recebidos no efeito devolutivo. No ponto, disse que a supressão do efeito suspensivo desses recursos seria expressiva de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei 7.960/89 e, posteriormente, na edição da Lei 8.072/90. HC 84078/MG, rel. Min. Eros Grau, 9.4.2008. (HC-84078)

Prisão Preventiva: Pendência de Recurso sem Efeito Suspensivo e Execução Provisória - 4

Por fim, o Min. Eros Grau citou o que decidido no RE 482006/MG (DJU de 14.12.2007), no qual declarada a inconstitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impunha a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em

razão da suposta prática de crime funcional, ao fundamento de que tal preceito afrontaria o disposto no art. 5º, LVII, da CF. Concluiu o relator que, se a Corte, nesse caso, prestigiara o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade, não o poderia negar quando se tratasse da garantia da liberdade. Após, o julgamento foi suspenso com o pedido de vista do Min. Menezes Direito. HC 84078/MG, rel. Min. Eros Grau, 9.4.2008. (HC-84078). [grifo nosso]

Utilizou-se BADALOTTI, como dito, do HC 84.078-MG da relatoria do Ministro Eros Grau para estabelecer um vínculo entre a evolução do entendimento da nossa Corte Suprema e a Teoria do Garantismo Penal. Nesse julgamento, o eminente ministro pretendeu uma reavaliação do posicionamento que vinha sendo adotado no que diz respeito à possibilidade de se iniciar a execução da penalidade quando pendentes recursos possuidores de efeito devolutivo unicamente.

O relator, em contraposição ao posicionamento que legitimava a execução da penalidade quando o recurso pendente não possuísse efeito suspensivo (não estando a sentença, dessa forma, transitada em julgado), sustentou que somente a título cautelar poder ser decretada a prisão antes do trânsito em julgado da sentença.

Com esse entendimento, o Ministro Relator respeitou princípios como o da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, observou também o *due process of law*, e sua extensão no contraditório e ampla defesa, requisitos indispensáveis sem os quais não se deve infringir o direito de liberdade do cidadão. O raciocínio aplicado no julgamento do citado HC possui forte carga garantista, o que mostra estreita consonância com a teoria aqui estudada.

Segundo BADALOTTI, o Supremo tem adotado posicionamentos garantistas em detrimento do legalismo, lembrando que o dever o magistrado se dá para com os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, dentre eles o intangível direito de liberdade. Para fundamentar sua argumentação, citou como exemplo outro HC, dessa vez da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (HC 88.174/SP) que segue a mesma linha de raciocínio do anterior, reafirmando que **somente a título cautelar se admite a decretação de prisão antes do trânsito em julgado da sentença.**

Frente a todas essas observações, nos é permitido concluir sobre a legitimidade da atividade e função do magistrado no processo penal, que este não é apenas

sujeito a lei propriamente dita, mas sim, e com maior compromisso, aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Deve ele, portanto, atentar-se no momento de interpretar e aplicar a lei, à sua validade para com os mandamentos constitucionais, bem como, para com o espírito garantidor da nossa Carta Política. Lembrando que a “própria independência da magistratura reside no fato de serem os juízes os garantidores da eficácia do sistema de garantias previsto na Constituição.”⁴⁵

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.⁴⁶

Sobre a citada independência da magistratura, temos que, também por esse ponto passa necessariamente a existência de um processo penal garantista. Com a ressalva de que seja independente o juiz no sentido de obter, no processo, os instrumentos necessários a formar a sua livre convicção, sem estar adstrito a qualquer espécie de vínculo (leia-se: pressão ou manipulação) político, ou seja, a legitimidade de sua atuação não é política, mas sim constitucional.⁴⁷

Ainda sobre esse ponto, é digno de nota que a independência do julgador não se confunde com liberdade ilimitada⁴⁸, que pode rapidamente produzir brechas ao surgimento de arbitrariedades. É assim, uma independência condicionada às garantias constitucionais e processuais, como por exemplo, a vedação a utilização de prova ilícita no processo; é condicionada também à devida fundamentação de suas decisões, ou seja, somente será *legítima* a independência do julgador, quando devidamente fundamentada, e quando em conformidade às demais garantias e exigências constitucionais.

Os novos paradigmas apresentados pelo Garantismo Penal nos trazem em seu bojo, como estamos vendo, a forma segundo a qual deve se comportar o juiz no exercício

⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 35.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 73.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 71-ss.

⁴⁸ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 73.

de suas funções, nos apresentando qual o real alcance dessa atividade jurisdicional, bem como as fundações de sua legitimidade.

Antes de nos apresentar o que modernamente se formulou para essas questões antes expostas, SILVA FRANCO⁴⁹ nos indica a leitura do HC 69.657 (STF), como forma de visualizar o ultrapassado posicionamento que ele chamou de “positivista”, segundo o qual o juiz não se detém a uma análise mais atenta no que diz respeito à questão de validade, conformidade e coerência da legislação infraconstitucional aplicável ao caso para com a Constituição Federal no seu caráter material, limitando-se, segundo SILVA FRANCO, a verificação de conformidade formal. Nas suas próprias palavras:

Não é mais admissível, nem tolerável num Estado Democrático de Direito, o entendimento de que ao juiz só caiba “extirpar do trabalho do legislador ordinário – bem ou mal avisado, primoroso ou desastrado – aquilo que não pode coexistir com a Constituição”, aquilo que “há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior” porque o juiz “não é legislador e não tem autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor doutrina” (trechos pinçados do voto do ministro Francisco Rezek, no HC nº 69.657). O juiz, segundo esse modelo nitidamente positivista, tem, não intimidade, mas um profundo distanciamento da Constituição. Esse juiz é um técnico, um burocrata, um temeroso respeitador das formas constitucionais, um seguidor fiel de regras porque elas simplesmente existem, e por isso, têm validade formal.

E contraposição a esse posicionamento, SILVA FRANCO nos apresenta a moderna visão acerca da real função do magistrado e da legitimidade de sua atividade, bem como do Poder Judiciário como um todo; isso de acordo com as premissas do Garantismo Penal.

O juiz e a Constituição devem ter, em verdade, uma relação de intimidade: direta, imediata, completa. Há um nível de cumplicidade que os atrai e os enlaça. Na medida em que, de maneira explícita ou implícita, dá-se positividade constitucional aos direitos fundamentais da pessoa humana, estabelece-se, ao mesmo tempo, um sistema de garantias com o objetivo de preservá-los. O juiz passa a ser garantidor desse sistema. Não pode, por isso, em face de violações ou de ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, permanecer num estado de inércia ou de indiferença, ou mesmo admitir que o legislador infraconstitucional se interponha indevidamente entre ele a Constituição. Bem por isso, deve o juiz, no modelo garantístico, renunciar quer à função de “boca repetidora” da lei, quer à função meramente corretiva da lei.

⁴⁹ SILVA FRANCO, Alberto. **O juiz e o modelo garantista**. Boletim IBCCRIM, n. 56, jul.1997. Disponível em: <LINK>. Acesso em: 03.11.2009.

TORON⁵⁰, por sua vez, nos adverte que no Brasil existe uma espécie de abismo “entre as práticas do sistema policial, judiciário e penitenciário e as garantias constitucionais.” E afirma isso, citando exemplos de práticas violentas à filosofia garantista, como por exemplo, a proibição em alguns casos de o advogado encontrar-se em particular com seu cliente preso (situações casuísticas é verdade); ou então, a situação ainda mais alarmante, no que diz respeito ao não tão antigo entendimento⁵¹ do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos policiais e processos em andamento, poderiam sim ser utilizados com o fim de configurar os maus antecedentes para a exasperação da pena.

Apenas por força de argumentação, vale lembrar que esse posicionamento é diametralmente oposto, e em nada coerente ao **princípio da presunção de inocência** disposto no art. 5º, LVII da nossa Carta Política, que é, por sua vez, um dos princípios mais caros ao Garantismo Penal.

No estudo do Garantismo Penal, TORON também volta seus olhos para a atuação do Ministério Público no processo penal, mais especificamente no que diz respeito ao momento de sua manifestação no *iter* processual. Ele destaca que ao possuir a prerrogativa de se manifestar por último, o ministério público coloca em desvantagem o réu, desequilibrando assim, “a balança do contraditório.”

Noutro campo, isto é, no cotidiano das ações penais, é enormemente desequilibrador da balança da justiça e, particularmente, do contraditório, o fato de que em todas as apelações o representante do Ministério Público possa lançar seus pareceres, via de regra peças de mais alta qualidade, por último. Sim, por que não raro, embora sob o rótulo de “fiscal da lei”, desenvolvem acusações muito mais contundentes que o próprio órgão da acusação. Sobretudo nas hipóteses em que este é recorrente e, por último, novamente, a Procuradoria Geral de Justiça se manifesta. É imperioso que a defesa, neste caso, até para o resguardo da amplitude do direito de defesa, manifestar-se por último.⁵²

Essas situações exemplificadas e explicadas por TORON no seu ensaio têm como objetivo servir de embasamento a sua afirmação de que as parcelas da população, bem como algumas instituições que são efetivamente comprometidas com as garantias fundamentais não alcançam a força e a repercussão necessárias “para veicular os apoios

⁵⁰ TORON, Alberto Zacharias. **O garantismo e a realidade**. Boletim IBCCRIM, n. 58, set.1997. Disponível em: <LINK>. Acesso em: 03.11.2009.

⁵¹ Entendimento ultrapassado, mas relativamente recente, veja-se, por exemplo, o HC 73.394-8, Rel. Min. Moreira Alves, m.v., DJ 21.03.97.

⁵² TORON, Alberto Zacharias. **O garantismo e a realidade**. Boletim IBCCRIM, n. 58, set.1997. Disponível em: <LINK>. Acesso em: 03.11.2009.

necessários aos casos em que juízes comprometidos com os valores constitucionais põe-nos em decisões.”

A observação desses casos específicos de desrespeito aos ensinamentos, aos parâmetros objetivos, e à própria filosofia garantistas, típicos representantes do chamado *Direito Penal Máximo* ou de sistemas tidos como *antigarantistas*, no servem efetivamente para a melhor compreensão da Teoria do Garantismo Penal em si. Ou seja, ao entendermos em quais circunstâncias e de que forma restam violadas suas regras e recomendações, melhor poderemos visualizar o que elas pretendem proteger, quais seus objetivos.

1.6 A motivação das decisões judiciais e o garantismo penal

A importância da motivação das decisões penais se apresenta inicialmente no fato de que o modelo garantista ora estudado, não admite qualquer forma de condenação arbitrária⁵³, ou seja, inadmite a aplicação de uma condenação penal sem a observação de todos os princípios pertinentes ao processo penal. Dessa forma, para uma condenação justa e em conformidade com esse modelo de sistema penal, é necessária a observação do devido processo legal, bem como de todas as suas extensões.

Assim sendo, a partir do momento que a motivação serve como controle de racionalidade da decisão - visto que é por seu intermédio que o magistrado tem a oportunidade de bem demonstrar o conhecimento dos fatos, e da norma aplicável – serve também para garantir a plena observação do contraditório, da suficiência de provas, da ampla defesa, da presunção de inocência, bem como dos demais princípios pertinentes ao processo penal⁵⁴, dessa forma, a motivação concorre efetivamente no sentido de obter a “máxima eficácia do sistema de garantias.”⁵⁵

Como vimos anteriormente, o garantismo prima por um processo penal de caráter cognitivo, que privilegia procedimentos objetivos relegando a subjetividade e a discricionariedade ao menor âmbito possível. Dessa forma, é lícito concluir que a motivação

⁵³ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 253.

⁵⁴ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 253.

⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 272.

impõe a “prevalência do saber sobre o poder”⁵⁶. Pelos argumentos expostos anteriormente é que também se pode concluir que a motivação serve como forma de legitimação do poder, ao passo que explica a sua forma de atuação, e o porquê de determinado deslinde processual. Ou seja, o poder se legitima quando embasado no pleno saber judicial, que por sua vez, resta devidamente demonstrado pela motivação de suas decisões.⁵⁷

Em síntese, o poder judicial somente será legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis. A fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade [...] Mas também serve para controlar o poder, e nisso reside o núcleo da garantia. Permite ainda aferir “que verdade” brota do processo, evitando assim o substancialismo da mitológica “verdade real”. Ademais, é crucial que a fundamentação seja construída a partir dos atos de prova, devidamente submetidos a jurisdição e contraditório, como se verá a continuação.⁵⁸

Complementando essa linha de raciocínio, FERRAJOLI nos ensina que a motivação das decisões judiciais é uma garantia que tem a função de fechamento do sistema⁵⁹. Essa garantia confere legitimidade aos pronunciamentos judiciais tendo em vista que reveste essa decisão de um caráter cognitivista. Essa garantia sedimenta o vínculo existente entre a decisão judicial e o princípio da estrita legalidade, visto anteriormente.

A motivação das decisões permite o controle da mesma ao passo que demonstra de que forma o magistrado chegou àquela conclusão comprovando que o poder jurisdicional é baseado no saber.

Assim sendo, uma decisão jurisdicional revestida pelo caráter cognitivo, ou seja, fundado na racionalidade e no saber permite não apenas ao acusado, mas também à sociedade como um todo, controlar ou até refutar a decisão proferida⁶⁰.

Como bem ressalta FERRAJOLI, a motivação carrega 02 (dois) valores complementares entre si⁶¹. Primeiramente, o valor endoprocessual, sendo este uma

⁵⁶ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 254.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 253-ss.

⁵⁸ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 256.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 573.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 573.

garantia da defesa do acusado, e o valor extraprocessual, que garante a publicidade da decisão, tornando-a pública e, portanto, acessível à sociedade como um todo. Em suas próprias palavras:

Compreende-se, após tudo quanto foi dito até aqui, o valor fundamental desse princípio. Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a “validade” das sentenças resulta condicionada à “verdade”, ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é “poder desumano” puramente potestativo da justiça de cádi, mas fundado no “saber”, ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Precisamente, a motivação permite a fundação e o controle das decisões seja de direito, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada do nexo entre convencimento e provas. E não só em apelação como em cassação. [...]

E pode ser, portanto, considerado o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária.⁶² [grifo nosso]

Por fim, a título de conclusão, é pertinente lembrar o ensinamento de AURY LOPES JR., onde nos demonstra que o dever de motivar pode se dar, não de forma sucinta, mas de forma objetiva e clara, dispensando-se assim longos debates retóricos que acabam por fugir da questão central. Vejamos:

Nesse contexto, a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o *saber* que legitima o *poder*, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado.⁶³ [grifo do autor]

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 574.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, pp. 573-574.

⁶³ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 254.

2. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO

2.1. O que é motivar, qual o sentido e os fundamentos dessa garantia

No presente capítulo buscaremos entender o que é motivar, bem como quais os fundamentos dessa garantia constitucional. Buscaremos também, ainda nessa mesma linha de raciocínio, entender qual o sentido da norma disposta no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

Dessa forma, pretendemos, assim como destacou GOMES FILHO, “estabelecer o que deve ser a motivação, e, como consequência, delinear um modelo de fundamentação que possa atender, de forma mais completa, ao sentido da exigência constitucional.”⁶⁴

Para melhor compreender a intenção da norma constitucional que determinou, sejam motivadas todas as decisões judiciais sob pena de nulidade, devemos inicialmente entender de que forma essa garantia se manifesta dentro do seu próprio contexto. Aqui me refiro inicialmente ao Estado Democrático de Direito, aquele que proporciona ao cidadão uma série de garantias contra o poder punitivo do Estado firmando-as constitucionalmente; e, em um segundo momento, ao sistema que já nos referimos anteriormente, como um sistema complexo de garantias complementares e dependentes entre si, ao qual o prof. FERRAJOLI chamou de *sistema garantista*.⁶⁵

Devemos, dessa forma, fazer um relato inicial acerca do exercício do poder e suas formas de legitimação, onde, no que diz respeito ao Poder Judiciário a garantia da motivação possui elevada importância.

Sobre esse tema, entendemos que nas suas diversas esferas – executivo, legislativo e judiciário – o poder se legitima pelo procedimento adotado a fim de exercer suas atribuições.⁶⁶ Ou seja, ao adotar um procedimento que segue uma racionalidade, que afaste o máximo possível a subjetividade e discricionariedade de seus atos, bem como a possibilidade

⁶⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 108.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 91.

⁶⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 26-ss.

de arbitrariedades, procurando afirmar-se em parâmetros objetivos, ele se reveste automaticamente daquilo que GOMES FILHO chamou de “legitimidade social.”⁶⁷

“Em todos esses domínios, não é possível desconhecer que a função básica do processo é impor uma disciplina que constitui a principal garantia para o correto exercício do poder.”⁶⁸ Nesse caso, a garantia aqui estudada, visa garantir o correto exercício do poder judicante na medida em que exige, por via da motivação, uma ‘explicação’ acerca da forma como esse poder foi exercido, e se foram respeitadas, nesse diapasão, todas as garantias pertinentes ao devido processo judicial.

Essa legitimidade procedimentalista, com igual rigor se materializa na esfera jurisdicional. Dessa forma, “somente pela obediência às regras de um procedimento válido e justo é possível tornar efetiva essa participação e chegar a uma decisão igualmente justa e apta, portanto, a realizar os escopos políticos e sociais da função jurisdicional.”⁶⁹

Feita essa primeira ressalva acerca do caráter legitimador da garantia da motivação, direcionamos nossa atenção para o ato decisório do magistrado e a influência que a motivação exerce sobre ele. Nesse momento o juiz deverá escolher, dentre um leque de opções possíveis e válidas, aquela que entender mais apropriada para o caso concreto.⁷⁰ É plausível, ainda que a justificificação faça parte da decisão em si, que se observe uma diferença no que diz respeito à origem da decisão e da motivação. Nesse ponto, advertimos que:

Aplicada à atividade judicial, tal diferenciação permitiria entrever dois momentos distintos no raciocínio do juiz: numa etapa inicial realiza-se uma atividade voltada à escolha de uma alternativa, que se apresenta como a melhor para a solução do caso (decisão); em seguida, trata-se de selecionar e articular razões que possam ser utilizadas para justificar a decisão tomada (motivação); a diversidade entre esses dois contextos não seria somente estrutural e funcional, mas sobretudo fenomenológica: o primeiro consiste numa atividade; o segundo constitui um discurso.

Mais precisamente, adverte-se que seria possível distinguir no raciocínio judicial, de um lado, a atividade mental que se desenvolve com o objetivo de encontrar a solução para o caso trazido a julgamento, na qual pesam não só as premissas de direito e de fato, mas também valores extrajurídicos (morais,

⁶⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

⁶⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

⁶⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

⁷⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 111.

políticos, ideológicos etc.) do juiz, e, por outro, o produto dessa mesma atividade, apresentando sob a forma de uma sentença, em que se expõem ao público as razões da escolha realizada; a motivação seria, portanto, uma racionalização *ex post* de uma decisão muitas vezes determinada por razões inconfessáveis.⁷¹

E é precisamente nesse contexto que se sobrepõe a garantia constitucional da motivação, forçando a existência de um vínculo, de uma necessária inter-relação entre essas duas atividades que são, sob esse ponto de vista distorcido, autônomas.⁷² Gerando, dessa forma, pela grave importância que carrega, um vínculo indissolúvel entre a decisão judicial e sua motivação. A criação desse vínculo intransponível é, portanto, um dos principais fundamentos dessa garantia.

Essa justificação, que restou definitivamente ligada à decisão que a contém, é uma exposição de argumentos jurídicos e de fato racionalmente dispostos a fim de convencer da sua propriedade. E prima sempre por afastar, o tanto quanto possível, padrões de cunho subjetivo que fornecem um espaço indesejado à discricionariedades por parte do julgador.

De fato, e sobretudo se assumida a função garantidora da motivação, não é possível ignorar que a imposição do dever de motivar tem como objetivo assegurar determinada forma de raciocínio decisório, mais precisamente aquela que leve o juiz a formar o seu convencimento tão-só com base em razões *confessáveis*; se não é possível negar que fatores emotivos e ideológicos podem influenciar a decisão, a exigência de motivação cumpre o importante papel de instrumento destinado a afastar o juiz de tais influências; trata-se, nessa fase, de um importante meio de pressão sobre a consciência do juiz, uma forma de autocontrole da decisão.⁷³

E é exatamente a isso que se propõe a norma disposta no artigo 93, inciso IX da nossa Carta Política, criar esse vínculo robusto entre a decisão e sua motivação a fim de propiciar o controle da decisão judicial, procurando assim, “subordinar a atividade judiciária à vontade popular expressa nos textos legais.”⁷⁴

⁷¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 112-113.

⁷² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 114.

⁷³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 113.

⁷⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 119.

Tendo isso em mente, é lícito concluir também que existe apenas uma espécie de decisão judicial, a decisão motivada⁷⁵ e que, qualquer decisão judicial que sobre a motivação não se atente, estará inevitavelmente eivada de nulidade absoluta.⁷⁶

Para o direito brasileiro, não deve ser outra interpretação da cláusula do art. 93, IX, da CF: ao dizer que serão fundamentadas “todas” as decisões, a Constituição não expressa apenas a extensão do dever de fundamentar; mais do que isso, prescreve um único modelo de decisão judicial – a decisão fundamentada –, em que a exigência de motivação deve condicionar o próprio raciocínio decisório.

E os parâmetros desse modelo devem ser buscados no próprio ordenamento, pois, como antes ressaltado, a motivação não constitui um discurso aberto, mas uma exposição em que os temas estão estruturalmente programados pela lei. Dessa forma, é a Constituição e são as leis processuais e materiais, assim como os princípios que delas decorrem, que estabelecem o caminho a ser percorrido pelo magistrado, que condicionam, enfim, o procedimento intelectual que leva à decisão e que deve vir expresso na motivação.⁷⁷

Agora, tentaremos entender como se posiciona a garantia da motivação com relação às demais garantias do nosso ordenamento. Inicialmente devemos nos lembrar que, como bem ensinou FERRAJOLI, a motivação das decisões judiciais funciona como uma garantia que fecha o sistema que ele chamou de sistema garantista⁷⁸, completando-o.

Ao motivar a decisão condenatória, o magistrado deverá em seu discurso argumentativo seguir uma sequência racional e lógica, que pela sua própria retórica demonstrará não apenas a propriedade e adequação da decisão escolhida para aquele caso, mas também o respeito que deve ter o *iter* processual ao princípio do devido processo legal, e todas as suas derivações.

Ou seja, a garantia constitucional da motivação é a chamada ‘garantia das garantias’⁷⁹, e se revela quando culmina o procedimento penal, exigindo uma justificação para fins de controle, tanto externo como interno, acerca do desfecho processual. Ao permitir esse controle é que a motivação atinge seu escopo primordial, ao passo que impede arbitrariedades, e decisões fundadas em critérios subjetivos e pessoais, como dito anteriormente, permite

⁷⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 115.

⁷⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 216.

⁷⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 115.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 573.

⁷⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

também a vistoria acerca da obediência, ou não, às demais garantias individuais do jurisdicionado.

Tendo isso em mente, conclui-se que seus fins ultrapassam os limites da decisão em si, alcançando todo o procedimento penal desenvolvido desde o seu início, visto que permite também a análise acerca da obediência às outras tantas garantias dispostas no nosso texto constitucional e demais disposições do nosso ordenamento jurídico, das quais faz jus todo e qualquer cidadão.

Reafirmamos novamente, que é a isso que se presta a garantia da motivação, sendo esse, portanto, o sentido da norma disposta no artigo 93, inciso IX da nossa Constituição Federal; esse mandamento almeja, fundamentalmente, garantir que todas as demais garantias processuais e constitucionais sejam conhecidas e devidamente respeitadas.

Sobre esse ponto, é pertinente rever a referência aos axiomas de FERRAJOLI, analisados no capítulo anterior do presente trabalho. Naquele momento, lembramos que o elenco⁸⁰ elaborado pelo professor italiano, é composto por 10 (dez) axiomas, que possuem um caráter de estreita dependência uns dos outros, concluindo que a falta ou a falha de um deles, produz um vazio no sistema que não será suprido satisfatoriamente por nenhum outro, e que, dessa forma, cria a possibilidade de surgimento de alguma espécie de autoritarismo.⁸¹

Reforçada essa questão, podemos analogicamente transferir esse raciocínio para a inter-relação existente entre as garantias contidas no nosso processo penal pátrio. Para que tenhamos um procedimento justo, e de acordo com os mandamentos constitucionais, é de se exigir que todas as garantias do cidadão sejam observadas e respeitadas, sob pena de todo o arcabouço garantidor tornar-se inócuo. E a motivação de uma decisão judicial tem a função de selar esse elenco de garantias permitindo que exista o controle sobre a decisão, e paralelamente sobre o processo como um todo.

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 91.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, pp. 89-ss.

E esse controle, tanto interno (garantia processual) quanto externo (garantia política), permitido pela motivação, somente se dará de forma efetiva a partir da análise da própria motivação delineada nas bases da sentença. Ou seja, mediante observação daquilo que o juiz expõe em suas razões de decidir.⁸²

A motivação se posiciona sempre em busca da efetividade da tutela jurisdicional, de um processo justo. Ela torna possível, na prática, a efetiva fiscalização acerca da obediência, ou não, das garantias do processo penal, lembrando novamente que a busca por um processo justo não se encerra com a observância de uma, ou algumas garantias, somente se satisfaz a busca por um processo justo, com conhecimento e obediência a todas as garantias previstas, ou seja, à todo o sistema de garantias.⁸³

Devemos, para concluir essa passagem, destacar que se em todas as esferas do direito devem ser observados os ditames e garantias da lei, com maior exigência deverão ser observados no agressivo direito penal, onde o que está em pauta é a liberdade do cidadão, certamente um de seus bens mais caros, e onde a grande maioria dos que aí se encontram, situam-se na marginalidade econômica e social. Infringindo à motivação da decisão penal condenatória um caráter ainda mais grave.⁸⁴

2.2 Motivação e juízo de valor

Nesta parte do trabalho, buscaremos analisar o caráter subjetivo que toma conta de boa parte do ato decisório. Como vimos no capítulo anterior, o modelo de processo penal garantista, ainda que procure sempre se afirmar em critérios objetivos, entende como insuperável a subjetividade inerente ao julgador. Como destacou FERRAJOLI.

Mas há um terceiro fator de incerteza, também insuperável. Trata-se do caráter não impessoal deste investigador particular legalmente qualificado que é o juiz. Este, por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores éticos-políticos.⁸⁵

⁸² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 115.

⁸³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 32-ss.

⁸⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 32-ss.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 58.

Principiologicamente, essa parte do trabalho, acerca do juízo de valor realizado pelo magistrado na aplicação da pena e na sua motivação, nos remete ao princípio do livre convencimento. Princípio que NUCCI chamou de Princípio da persuasão racional.⁸⁶

Sobre esse tema, lecionou:

Trata-se da conjunção do disposto no art. 93, IX, da Constituição (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”, grifamos) com os arts. 155, caput (“o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova...”) e 381, III (“a sentença conterá: (...) III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”) do Código de Processo Penal.⁸⁷

Ainda nos debruçando sobre os ensinamentos de NUCCI, é de todo importante frisar que aos magistrados, mormente na esfera criminal, lhes é conferido um “poder criativo de larga extensão”⁸⁸. Ou seja, existem situações em que a atuação do juiz é eminentemente subjetiva, devendo, nesse momento, exercer o que chamamos de juízo de valor, alicerçado no seu conhecimento dos fatos, de direito, em sua própria consciência e experiência, bem como em outros alicerces que analisaremos mais adiante.

Também pela sintonia com o tema estudado, o melhor exemplo normativo que podemos apontar, é a norma disposta no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, onde o que se vê, é uma disposição legal repleta de elementos abertos que exigem do juiz uma análise de caráter subjetivo. Vejamos então, o caput do citado dispositivo.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

Frente a essas observações, NUCCI se pergunta: “O que seria personalidade? O que poderia ser considerado – para o bem e para o mal – a respeito da conduta social do acusado? Qual comportamento da vítima interessaria à aplicação da pena?”⁸⁹

⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 110.

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 110.

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 668.

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 668.

É fácil perceber que essas indagações não comportam uma única resposta, ou uma resposta pré-estabelecida. Ela será procurada e definida caso a caso, mediante um trabalho interpretativo, que, diga-se, por oportuno, carrega uma dose de discricionariedade incutida nessa atividade, necessariamente criativa, do juiz nesse momento.

A procura a essas respostas, - que resultam na conclusão do juízo de valor – como dito, é uma atividade eminentemente interpretativa, não apenas de direito, mas também dos fatos; que deve aceitar a inafastável criatividade do aplicador do direito ao passo que procura impedir os voluntarismos do magistrado.⁹⁰

Sobre a questão da interpretação, baseados nos ensinamentos de COELHO, lembramos que “a interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua – *desentranhando* o seu sentido – tornar possível a aplicação de enumerados normativos abstratos e gerais, a situações da vida, particulares e concretas.”⁹¹

Feitas essas considerações, percebemos que o juízo de valor se situa precisamente nesse contexto interpretativo. Ressaltamos, porém, que essa atividade valorativa torna-se imprescindível na aplicação de normas que trazem em seu bojo os chamados elementos abertos⁹², a exemplo do *caput* artigo 59 do Código Penal Brasileiro, citado anteriormente.

Ainda sobre a questão da interpretação, por se tratar de questão nuclear na aplicação da norma jurídica, lembramos, também para frisar essa sintonia – juízo de valor e hermenêutica – que, “em razão dessa abertura e infinitude, toda interpretação é sempre um resultado, entre tantos outros, a que se pode chegar em função de um determinado contexto”⁹³

Essa afirmação pode ser aplicada à questão do ato valorativo por parte do juiz, tendo em vista o caráter subjetivo dessa ação. Posta a questão do juízo de valor como ato

⁹⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 23.

⁹¹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 36.

⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 667-668.

⁹³ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 96.

subjetivo de interpretação fática e de direito, nos direcionamos agora a entender de que forma esse ato se torna legítimo.

O juízo de valor, assim como todo ato interpretativo, “para ser legítimo, há de ser racional, objetivo e controlável.”⁹⁴ Ou seja, ainda que sejam diversos os caminhos a serem tomados,

[...] a opção assim adotada, ainda que não seja a melhor – desde que se apresente, pelo menos, como *razoável* ou *plausível* à luz dos critérios usuais de interpretação –, embora possa merecer críticas [...], não poderá ser desfeita, porque estará compreendida dentro do marco das derivações possíveis.⁹⁵

Nesse diapasão, COELHO nos brinda com uma importante lição acerca de como exercer essa atividade de forma legítima, apontando os instrumentos válidos para tanto.

Daí consideramos válido utilizar a *consciência jurídica geral e o devido processo legal (substantive due process/ procedural due process)* como critérios de controle e legitimação da atividade hermenêutica, porque à luz da experiência esses parâmetros de avaliação têm-se mostrado *razoáveis*, na medida em que impedem os voluntarismos sem inibir a necessária criatividade de interpretes e aplicadores do direito.⁹⁶

Ou seja, o fato de entendermos que o juízo de valor guarda estreita ligação com a atividade hermenêutica, nos permite concluir que a utilização desses instrumentos – a consciência jurídica geral e o devido processo legal – também contribui para legitimar o juízo de valores abstratos.

No sentido inverso, o mais importante é que o juízo de valor não se caracterize por decisões de caráter discriminatório⁹⁷, o juiz deve deixar claro, ao motivar a sua sentença, que as decisões obtidas na esfera da subjetividade se deram em conformidade, de acordo, com os fatos trazidos ao processo, com a norma aplicável, e – principalmente – com a principiologia constitucional.⁹⁸ Ou seja, percebemos que a motivação é um instrumento

⁹⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 47.

⁹⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 59.

⁹⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 23.

⁹⁷ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 271.

⁹⁸ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 274-ss.

hábil a demonstrar a validade dos juízos de valor emitidos na decisão, por permitir que a decisão seja “reconhecida como justa e, por isso, respeitada.”⁹⁹

A fim de concluir essas breves anotações acerca da motivação das decisões penais e o juízo de valor, destacamos duas rápidas, porém úteis lições acerca do tema, senão vejamos:

A fundamentação das decisões, a partir dos fatos provados (cognoscitivismo) refutáveis e de argumentos jurídicos válidos é um limitador (ainda que não imunizador) dos juízos morais. Esse é um espaço impróprio da subjetividade que sempre estará presente (não existe juiz neutro), mas que o sistema de garantias deve buscar, constantemente, desvelar e limitar.¹⁰⁰

Nessa ótica, a motivação representa um eficiente antídoto contra o subjetivismo do juiz, pois por seu intermédio é que se exterioriza o raciocínio desenvolvido para chegar à conclusão sobre a verdade fatural, permitindo controlar a objetividade e a correção das escolhas realizadas. Mais do que isso, essa função de *controle* exercida pela motivação não se esgota naquela dimensão externa *a posteriori*, projetando-se também sobre o próprio procedimento de decisão, de modo a evitar a contaminação do julgamento por sugestões de “certeza subjetiva” – tão freqüentes nessa matéria – que não possam ser depois justificadas.¹⁰¹

⁹⁹ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 271.

¹⁰⁰ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 272.

¹⁰¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 148.

3. MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

3.1 O discurso condenatório

Aqui, buscaremos delinear quais elementos que integram o discurso de uma sentença penal condenatória, qual a sua estrutura e quais são os fatores aos quais o juiz pode, validamente, se referir a fim de amparar a condenação.

Sobre esse ponto, somos obrigados a destacar de que forma nosso ordenamento jurídico trata dessa matéria, quais dispositivos abrigam o tema, e se o fazem de forma satisfatória. Nesse sentido, GOMES FILHO:

Nessa tarefa, é necessário ressaltar, como ponto de partida, que as regras processuais do nosso ordenamento pouco esclarecem a respeito da estrutura da motivação: ao mandamento constitucional de que “serão (...) fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 93, IX) correspondem singelas prescrições dos Códigos de Processo Penal e Civil, no sentido de que “a sentença conterá a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão” (art. 381, III, do CPP) ou que “são requisitos essenciais da sentença os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito” (art. 458, II, do CPC), além da referência feita pelo art. 131 do CPC, no qual, a propósito da livre apreciação da prova, exige o legislador a indicação dos *motivos* da formação do convencimento.¹⁰²

Em que pese a escassez e a simplicidade das disposições legais que abordam o tema, outra não seria a lição mais acertada acerca deste, se não que “a motivação não constitui um *discurso aberto*, mas uma exposição em que os temas estão estruturalmente programados pela lei.”¹⁰³ E nessa mesma linha conclui que

Dessa forma, é a Constituição e são as leis processuais e materiais, assim como os *princípios* que delas decorrem, que estabelecem o caminho a ser percorrido pelo magistrado, que condicionam, enfim, o procedimento intelectual que leva à decisão, e que deve vir expresso na motivação.¹⁰⁴

É de se constatar primeiramente, que uma motivação que atenda plenamente ao mandamento constitucional disposto no artigo 93, inciso IX, passa, necessariamente, por

¹⁰² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 108-109.

¹⁰³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 115.

¹⁰⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 115.

uma boa argumentação que se propõe a justificar as diversas escolhas tomadas no decorrer do discurso condenatório.¹⁰⁵

A motivação, nesse sentido, tem a natureza de um discurso justificativo da decisão judicial; como ressalta Atienza, não se trata simplesmente de indicar motivos – no sentido de antecedentes causais – para explicar a decisão, mas de dar razões que justifiquem a solução encontrada num contexto intersubjetivo.¹⁰⁶

Ou seja, não se trata de um elenco aleatório dos fatos apurados no processo, mas de uma retórica clara e objetiva que fundamentará validamente a decisão por seguir um padrão racional na evolução do discurso, a fim de convencer da sua propriedade mediante a exposição de argumentos e razões, legítimos e controláveis.¹⁰⁷

Acerca da estrutura do discurso condenatório, que é o foco nesse momento, podemos afirmar que ela sofre uma grave influencia das tantas garantias pertinentes ao processo em si. O caráter dialético do processo, encorpado pelas garantias do contraditório e ampla defesa, produz boa parte de seus efeitos na motivação da sentença penal condenatória, sendo lícito afirmar que “devem ser objeto de justificação todos os passos do procedimento decisório; ou seja, todos aqueles momentos em que se apresenta ao juiz a necessidade de realizar uma *escolha* entre duas ou mais alternativas possíveis, solucionando assim uma *questão*.”¹⁰⁸ Sendo esse, como bem destacou GOMES FILHO, o ponto de partida na busca de um discurso condenatório legítimo, que atenda ao mandamento constitucional.

Assim sendo, a motivação para ser íntegra deve observar, não apenas todos os dados judicialmente introduzidos no processo, bem como considerar todos os elementos que sejam provavelmente úteis à decisão¹⁰⁹, mas deve observar também toda e qualquer decisão pontualmente realizada ao longo do percurso decisório, sob pena de desobediência ao mandamento constitucional.

Em outros termos, devem ser necessariamente objeto de justificação *todos* os elementos estruturais de cada particular decisão, como a escolha e interpretação da norma, os diversos estágios do procedimento de verificação

¹⁰⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 162.

¹⁰⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 116.

¹⁰⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 122-ss.

¹⁰⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 128.

¹⁰⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 176.

dos fatos, a qualificação jurídica destes etc., bem como os critérios (jurídicos, hermenêuticos, cognitivos, valorativos) que presidiram as escolhas do juiz em face de cada um desses componentes estruturais do procedimento decisório.¹¹⁰

Ainda sobre a essência dialética do processo e a motivação, lembramos que “as atividades dos participantes do contraditório somente adquirem significação se forem efetivamente consideradas na decisão. Como sublinha Fazzalari, os seus resultados podem até não ser atendidos, mas jamais ignorados.”¹¹¹

Outro requisito substancial da motivação é a efetiva correlação entre aquilo que existe no processo, e o que foi considerado como base do discurso, sendo ou não, preponderante para a decisão condenatória. Aqui se trata de uma verificação de existência real dos elementos que foram referenciados na motivação, dentro do universo do processo no intuito de garantir uma “cognição judicial efetiva.”¹¹²

Somente a partir da observância desses pontos – análise de todos os elementos judicialmente colhidos e produzidos pelas partes; e a real existência dos elementos e premissas utilizados na decisão – é que se torna efetivo o controle acerca da racionalidade da decisão.¹¹³ Ou seja, essas questões devem incorporar o discurso condenatório tendo em vista a racionalidade da decisão, o caráter cognitivo desta e do processo penal em si.

Ressaltamos que, ao tratarmos de “racionalidade”, nos referimos àquilo que GOMES FILHO chamou de racionalidade interna e racionalidade externa.¹¹⁴ De forma muito abreviada, podemos afirmar, mediante seus ensinamentos, que é dotado de racionalidade interna aquele discurso claro, coerente e livre de contradições; ao passo que é dotado de racionalidade externa, aquele discurso que ao escolher a norma aplicável para o caso e interpretá-la, assim como aos fatos, o faz de forma congruente e em estreita sintonia com a Constituição Federal e com os princípios dela decorrentes, ou seja, de acordo com o ordenamento jurídico globalmente considerado.

¹¹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 175.

¹¹¹ *Apud* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 176.

¹¹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 178.

¹¹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 179-ss.

¹¹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 179-185.

Nesse contexto de racionalidade em que se insere o discurso de um decreto penal condenatório, também é obrigatório, sob pena de nulidade, que se faça expressa referência às premissas adotadas nos juízos de valor ali realizados. Essas premissas valorativas devem ser justificadas, constando expressamente no decreto condenatório, mormente para fins de análise e controle.¹¹⁵

Ao passo que é o mandamento constitucional que garante que todas as decisões judiciais serão motivadas, a fim de encontrar-se a estrutura ideal para o decreto condenatório devemos nos valer da legislação infraconstitucional. Para a configuração de um “modelo legal de justificação”,¹¹⁶ no que concerne à sentença penal condenatória, devemos observar, principalmente, 02 (dois) dispositivos do nosso Código Penal Brasileiro. Cito os artigos 59 e 68.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Esses artigos exigem a observância de uma seqüência lógica que orientará o juiz na fixação da reprimenda penal. O art. 59 do Código Penal aponta uma série de diretrizes que deverão ser analisadas a fim de se obter a chamada pena-base; fixado esse quantum, que servirá de base para a aferição da reprimenda final, o magistrado desvia sua atenção para o artigo 68, onde deverá ponderar sobre atenuantes e agravantes e, em seguida, acerca das causas de diminuição e de aumento de pena.¹¹⁷ Fixadas essas premissas e diretrizes, é de se entender que um discurso condenatório que procure manter sintonia com o dispositivo

¹¹⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 212.

¹¹⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 213.

¹¹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 214.

constitucional – artigo 93, IX, CF –, deve, necessariamente, se debruçar sobre cada um desses pontos especificamente, obedecendo também, a seqüência delineada nesses artigos.

Assim, ao determinar que o juiz primeiro fixe a chamada pena-base, para só então passar ao exame das circunstâncias agravantes e atenuantes e depois, finalmente, fazer incidir as causas de aumento ou diminuição, o legislador visa justamente a assegurar que cada um desses estágios do procedimento decisório seja acompanhado da imprescindível justificação.

Na jurisprudência, a importância da estrita obediência a essa seqüência decisória e justificativa, tem sido sublinhada de forma enfática, com o reconhecimento da nulidade, por vício de motivação, nos casos em que a ordem estabelecida pelo art. 68 do CP não é observada.¹¹⁸

Para melhor compreensão do tema torna-se necessária uma observação acerca do caráter teleológico dessas diretrizes, ou seja, elas visam não apenas a prevenção e repressão ao crime, mas também a afirmação de um processo penal que siga um padrão de racionalidade, onde a sentença dele extraída seja passível de análise e de controle.

Complementando essas observações acerca dos elementos que devem ser inerentes ao discurso condenatório, é pertinente lembrar uma lição que, a par da sua brevidade, resume o que até aqui foi dito de forma objetiva.

Essa garantia da motivação, conforme acentuado, compreende, em síntese: 1) o enunciado das escolhas do juiz com relação à individuação das normas aplicáveis e às conseqüências jurídicas que delam decorrem; 2) os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados; 3) a consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos.¹¹⁹

A fim de concluir essa passagem, é de se destacar que os elementos aqui apontados exercem papel de relevante importância quando se trata de identificar eventuais nulidades existentes no discurso condenatório, ou seja, na omissão de qualquer dos elementos aqui enunciados, vislumbra-se a nulidade da motivação.¹²⁰

3.2 As alegações das partes

Nesse momento do trabalho iremos tratar das alegações feitas pelas partes, e de que forma elas irão integrar o discurso condenatório. Nesse sentido ficou claro, como

¹¹⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 214.

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 256.

¹²⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 140.

afirmado *supra*, que o discurso condenatório deve vir dotado de alguns elementos que irão emprestar-lhe legitimidade e aceitação. É força concluir, portanto, que o discurso justificativo da sentença condenatória deve fazer referência obrigatória aos argumentos ventilados pelas partes litigantes.

A questão que aqui buscaremos abordar é a seguinte: todas as alegações das partes devem, necessariamente, ser analisadas? Sendo positiva a resposta, na falta de menção a uma das alegações, qual a nulidade que se configura? Em sendo negativa, qual o limite de “omissão” que deve ser observado pelo discurso justificativo para que não se vicie a sentença?

Nesse sentido, o que deve ser colocado *prima facie*, como uma característica intransponível do discurso condenatório, é a sua integridade¹²¹, sendo esse um dos parâmetros – certamente um dos principais – que irá guiar o magistrado que procure avistar o momento e a circunstância em que o seu discurso condenatório passa a desobedecer ao mandamento constitucional.

Ao tratar da integridade do discurso condenatório, GOMES FILHO sublinha que esse é o primeiro requisito da motivação e que essa característica “supõe a adequação do discurso justificativo aos temas que são efetivamente objeto de decisão.”¹²²

Feita essa ressalva, cabe desde já responder a primeira das indagações feitas anteriormente: não, a nosso ver nem todas as alegações das partes devem ser obrigatoriamente analisadas, devendo, para se manter obediente à Constituição Federal, inicialmente observar esse limite, o da necessária integridade do discurso.

Nesse sentido, é de se destacar que a motivação íntegra deve observar o caráter dialético do processo, que reflete inevitavelmente sobre a sentença.¹²³ Em outras palavras, na motivação da sentença devem constar necessariamente todos os elementos trazidos aos autos, como por exemplo, as provas e as alegações produzidas pelas partes.

¹²¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 174.

¹²² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 175.

¹²³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 188.

Essa circunstância, no entanto, não nos permite concluir que toda e qualquer alegação produzida pelas partes deva ser objeto de análise no discurso condenatório. Sobre o ponto, a abordagem de GOMES FILHO:

A jurisprudência nacional, nesse ponto, tem sido incisiva: a falta de consideração, na motivação da sentença, das alegações apresentadas especialmente pela defesa caracteriza nulidade absoluta do ato decisório pela violação da efetividade do contraditório.¹²⁴

Isso não significa, entretanto, admitir que na motivação deva constar necessariamente uma resposta a *todo e qualquer* argumento defensivo, até porque isso poderia estimular a apresentação de alegações vazias ou descabidas, com o único propósito de dificultar a tarefa judicial.

Assim, é mais correto e adequado entender que a exigência de *dialeticidade* da motivação diz respeito às atividades defensivas que objetivam efetivamente provocar a decisão sobre uma *questão*, pertinente à discussão da causa e que resultam, portanto, na ampliação da atividade cognitiva judicial.¹²⁵

Entende-se, portanto, que algumas omissões existentes no discurso justificativo não configuram necessariamente um vício, mas sim uma circunstância que apesar de pôr em risco a garantia da motivação, é passível de ser superada pela observação do contexto do discurso e pela integração de dados dele retirados.¹²⁶ Trata-se aqui, de técnicas de redação do discurso que buscam privilegiar a celeridade processual sem descuidar-se, por óbvio, da integridade da sentença condenatória. Nesse momento, é de grande importância frisar que essas técnicas, são práticas há muito incorporadas ao dia-a-dia forense.¹²⁷

Sobre o tema, é relevante citar 02 (duas) dessas chamadas técnicas de justificação: a motivação implícita, e a motivação *ad relationem*, lembrando que “em ambas existe, sem dúvida, uma omissão relevante no discurso judicial, mas que pode ser superada pela integração de dados extraídos do próprio contexto justificativo ou nele indicados.”¹²⁸

De forma muito simplificada, podemos afirmar que a motivação implícita ocorre legitimamente quando um ponto que não foi efetivamente analisado na motivação pode

¹²⁴ Sobre o tema, o autor indicou a seguinte leitura: HC 74.073-RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.05.1997, RTJ 164/971.

¹²⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 188.

¹²⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 196-197.

¹²⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 196.

¹²⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 197.

ser deduzido “com certeza e de forma imediata”¹²⁹ da integração de outros dados extraídos da mesma sentença. Ou seja, da compilação dos argumentos existentes no discurso condenatório se conclui prontamente acerca do que ficou decidido implicitamente na questão omissa.

Também de forma abreviada, sobre a motivação *ad relationem* afirma-se que ela procura superar as lacunas existentes em seu discurso, não pela integração dos demais argumentos produzidos na própria decisão, como é o caso da motivação implícita, mas pela remissão à elementos existentes em decisão diversa, ou seja, utiliza-se de argumentação produzida em outra sentença, para justificar uma questão omitida em seu discurso condenatório. O que claramente induz a conclusão de que essa técnica de motivação deve ser utilizada com maior cautela pelo aplicador do direito.

A essa forma de motivação, que se entende um tanto distante da motivação mais adequada ao mandamento constitucional, GOMES FILHO estipulou alguns requisitos para a sua validade¹³⁰, quais sejam: (i) a necessária identidade, não apenas entre os objetos tratados, mas também entre a profundidade da análise exigida no ponto omitido em um discurso e no remetido de discurso diverso; (ii) o autor do texto tido como paradigma, deve possuir legitimidade para proferi-lo; e (iii) o texto que vem suprir a omissão deve ser anterior ao discurso condenatório lacunoso.

Antes de concluir essa passagem, devemos obrigatoriamente lembrar que é vasta a doutrina que aponta como absolutamente nula a sentença que utiliza os meios aqui apontados.^{131 132 133} De toda a sorte, aqui se conclui, frente às observações feitas anteriormente, que é possível que um discurso condenatório seja legítimo ainda que venha a omitir algum, ou alguns, dos argumentos ventilados pelas partes, desde que, essa lacuna seja passível de ser superada nas formas vistas anteriormente.

¹²⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 198.

¹³⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 200-202.

¹³¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 142-143.

¹³² TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais do processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, pp. 236-237.

¹³³ SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 258.

É de se destacar novamente, para que as omissões sejam plenamente sanadas, e o discurso efetivamente legítimo e obediente ao mandamento constitucional, a motivação deve ser íntegra em sua totalidade e observar o caráter dialético do processo, formando um texto coerente que demonstre a devida cognição judicial, ainda que tenha que valer-se dos expedientes aqui abordados.

3.3 Referência à prova

Inicialmente, cumpre destacar, a título de colocação do tema e alicerçado nas sempre claras lições de AURY LOPES JR., que em face aos desdobramentos da garantia da jurisdição, decorre a garantia de ser julgado nas provas judiciais, ou seja, aquelas produzidas ao longo processo.¹³⁴ Foi nesse intuito que procurou delimitar os chamados atos de provas, o que fez da seguinte forma:

Os atos de prova: a) estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; b) estão a serviço do processo e integram o processo penal; c) dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela de segurança; d) servem à sentença; e) exigem estrita observância da publicidade, contraditório e imediação; f) são praticados ante o juiz que julgará o processo.¹³⁵ [grifo do autor]

Esclarecido o ponto podemos anotar, de forma objetiva, que uma condenação deverá basear-se, não apenas também, mas principalmente nas provas colhidas no iter processual. O que imediatamente nos indica que a justificação (motivação) da decisão final não poderá furtar-se de fazer referência expressa ao acervo probatório carreado aos autos.

Essas observações nos permitem concluir inicialmente, que também a isso se presta a motivação de uma decisão penal: em demonstrar a efetiva observação das provas colhidas na fase processual. Sobre o ponto AURY LOPES JR. concluiu: “a sentença condenatória só pode ter por fundamento a prova validamente praticada no curso da fase processual, com plena observância da publicidade, oralidade, imediação, contraditório e ampla defesa.”¹³⁶

¹³⁴ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 256-ss.

¹³⁵ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 257.

¹³⁶ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 258.

De todo esse conjunto probatório trazido para fins de análise, o magistrado deverá “separar o joio do trigo”, fazendo um juízo de pertinência das provas valendo-se, na sua decisão, daquelas que efetivamente contribuam com o deslinde do fato criminoso.

Como dito anteriormente, em decorrência das próprias garantias processuais, mais especificamente da garantia do contraditório e da ampla defesa, se conferem às partes o direito à prova, em decorrência do qual o magistrado deverá, após criteriosa avaliação, pronunciar-se. Ou seja, esse direito “não estaria assegurado se o juiz pudesse rejeitar, sem motivos, as postulações instrutórias formuladas pelos participantes do contraditório.”¹³⁷

Partindo da premissa de que às partes lhes toca o direito de ter as suas provas devidamente avaliadas pelo magistrado, podemos concluir que a motivação da decisão deve considerar todas as provas regularmente trazidas ao processo a partir das quais se desenvolverá todo o seu raciocínio jurídico¹³⁸, focando na obtenção de um decreto penal – condenatório ou absolutório – racional, justo, razoável, coerente e em conformidade com os preceitos constitucionais.

Com efeito, ao direito à introdução de provas corresponde não somente um direito à valoração destas, mas sobretudo um direito à motivação que exprima e justifique, de forma expressa e completa, a avaliação realizada, ainda que para reconhecer a sua inidoneidade para a formação do convencimento.¹³⁹

A motivação deve, portanto, explicar por que determinadas provas são mais pertinentes que outras, por que algumas contribuem mais do que outras, argumentando de forma clara e coerente, por que determinadas provas prevaleceram em detrimento das demais. Assim sendo, a motivação deverá exteriorizar as “razões que determinaram a escolha do material probatório que será considerado na decisão, sempre que esta suponha uma constatação sobre os fatos.”¹⁴⁰

É de se notar que essa atividade de determinação acerca da pertinência e utilização de determinadas provas no decreto condenatório, é uma atividade eminentemente

¹³⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001. p. 150.

¹³⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001. p. 158.

¹³⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001. p. 159.

¹⁴⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001. p. 150.

discrecionalária¹⁴¹ em que o juiz deverá concluir pela idoneidade, legalidade, utilidade (etc.) das provas a ele trazidas. Situação que nos obriga a trazer uma importante lição de GOMES FILHO.

Mas isso não implica, entretanto, que tais valorações devam ser confiadas à intuição ou a um julgamento subjetivo do magistrado, dando lugar ao indevido ingresso de preconceitos ou idiossincrasias pessoais no juízo sobre os fatos; ao contrário, todas essas escolhas não podem deixar de ser explicitadas, pela exteriorização de todo o processo intelectual realizado, de forma a permitir o indispensável controle das partes, dos órgãos judiciários superiores e da opinião pública.¹⁴²

Recordando os pontos observados, é lícito concluir que a motivação visa garantir a observância das garantias processuais citadas, mormente no que diz respeito à produção de provas por parte dos interessados, e a sua efetiva análise por parte do magistrado.

No que concerne à valoração das provas, sejam elas mais ou menos úteis ao decreto condenatório, a motivação se presta a expor esse raciocínio de forma a permitir o controle sobre essa atividade tornando-o legítimo – da mesma forma que a motivação visa legitimar todo e qualquer juízo de valor realizado no processo penal –. Ou seja, o conjunto probatório constitui nada menos do que uma forma de legitimação da decisão penal.¹⁴³

¹⁴¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: RT, 2001. p. 154.

¹⁴² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: RT, 2001. p. 157.

¹⁴³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: RT, 2001. p. 162.

CONCLUSÃO

Feitas as observações pertinentes sobre o garantismo penal; sobre a garantia constitucional da motivação; e sobre os pontos estruturais do discurso condenatório, é o momento de concluir esse trabalho procurando apontar a real importância da garantia da motivação, principalmente no que concerne à sentença penal condenatória.

Primeiramente relembremos que a garantia aqui estudada nem sempre teve a grave importância que hoje carrega; ou ao menos, não eram delegadas as funções que hoje se lhe atribuem. Antigamente a motivação visava unicamente o controle endoprocessual, propiciando às partes o conhecimento e controle da decisão proferida.¹⁴⁴

Com a afirmação do Estado Democrático de Direito e de seus valores, que implicam necessariamente no exercício controlado do poder estatal – quanto mais no que se refere ao poder punitivo – a garantia da motivação extrapola o âmbito do processo, vindo a permitir o controle sobre a atividade jurisdicional, e se ela é exercida não apenas de acordo com a legislação aplicável, mas em conformidade com a Constituição Federal e com os princípios dela decorrentes. Tornou-se, portanto, uma “garantia da própria jurisdição.”¹⁴⁵

A teoria do garantismo penal, que prega o máximo controle sobre o poder punitivo do Estado, bem como um processo penal fundado em parâmetros racionais e igualmente controláveis, veio a destacar a real importância da garantia da motivação, nomeando-a como a “garantia de fechamento do sistema.”¹⁴⁶ O prof. italiano ainda afirmou, sobre o princípio da motivação das decisões judiciais, que este “pode ser, portanto, considerado o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária.”¹⁴⁷

É de se concluir, ante tudo que foi visto, que a garantia da motivação se sobressai e exerce sua função constitucional em 02 (duas) frentes distintas. Primeiramente

¹⁴⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 139.

¹⁴⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 140.

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 573.

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 574.

como garantia das garantias, atuando na esfera processual; e em um segundo momento, atua como instrumento político de controle sobre a atividade jurisdicional.

Como garantia processual, a motivação visa assegurar a cognição judicial e a estrita observância das demais garantias processuais, mormente no que diz respeito ao contraditório e à ampla defesa. Nessa esfera, a motivação se presta também para afastar, o tanto quanto possível, os juízos de valor ilegítimos.

Tanto basta para percebermos a importância da motivação, não apenas para garantir a legalidade da decisão em si ou para a obstrução – ainda que não absoluta – dos juízos de valor ilegítimos, mas fundamentalmente para o próprio equilíbrio do poder estatal, bem como, para o devido respeito aos direitos fundamentais que são a base do constitucionalismo moderno.¹⁴⁸

A motivação reforça a própria legitimidade do poder a partir do momento que faz o saber, prevalecer sobre o poder, ou seja, do momento em que faz esse “**controle da racionalidade da decisão judicial**.”¹⁴⁹ [grifo do autor]

Formatado: Português (Brasil)

Sequer cabe aqui, nessas breves anotações, apontar os riscos inerentes ao exercício do poder quando realizado de forma livre e sem alguma espécie de controle externo. O que aqui se pretende apontar, é o papel fundamental que exerce a garantia da motivação quando falamos em controlar o exercício do poder. Como bem afirmou AURY LOPES JR., atuar como instrumento de controle é precisamente o núcleo dessa garantia.¹⁵⁰

Se entendermos que não apenas as decisões judiciais, mas também as administrativas se lhes exige o requisito da motivação sob pena de nulidade¹⁵¹, é de se concluir prontamente, que ao tratarmos do direito penal, com foco na sentença penal condenatória a importância dessa garantia adquire uma conotação ainda mais grave.

¹⁴⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 92.

¹⁴⁹ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 254.

¹⁵⁰ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 256.

¹⁵¹ SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p.261.

Dessa forma, o que tentamos demonstrar com maior ênfase na primeira parte do segundo capítulo, é a importância da motivação como garantia política e processual, restando aos pontos seguintes do trabalho apontar os fatores de legitimação da sentença penal e seu discurso.

Como quer que seja, tão essencial é a motivação da sentença (especialmente quando implica na restrição da liberdade de alguém que se considera inocente, seja por presunção, seja por estado natural) que já se chegou a dizer que a sentença sem motivação é uma “não-sentença”, “um corpo sem alma”.¹⁵²

Para encerrar esse trabalho, importamos mais uma passagem de SUANNES, por pertinente, que trata especificamente do vínculo existente entre a motivação e a sentença penal; e que, ao posicionar-se em estreita conformidade com os doutrinadores mais autorizados quando tratamos de direito penal, processual penal e garantias fundamentais, expõe uma conclusão que talvez seja, nesse momento, absoluta sobre o tema, *verbis*:

A necessidade de motivação das decisões que impliquem o cerceamento da liberdade humana, seja de forma provisória, seja definitivamente, decorre, pois, da chamada humanização do processo, que longe de significar um exagerado endeusamento do réu, é apenas e tão somente o reconhecimento de que os valores humanos fundamentais devem ser preservados, independente da gravidade do fato que se imputa a alguém.¹⁵³ [grifo nosso]

E a isso se dedica a garantia da motivação das decisões penais.

[MVRB2] Comentário: Texto ok.

¹⁵² SUANNES, Adauto. Os fundamentos éticos do devido processo penal. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 279.

¹⁵³ SUANNES, Adauto. Os fundamentos éticos do devido processo penal. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 282.

REFERÊNCIAS

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y Derecho Procesal**. 2.ed. Madrid: Edersa, 1997.

BADALOTTI, Damaris. O Supremo e a teoria do garantismo penal. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n. 302, p. 64-65, 15 ago. 2009.

CAMPELLO WALTER, Fernanda Barreto. **Garantismo e proteção internacional**: por um conteúdo para os direitos fundamentais. Artigo IBCCRIM. Disponível em: <LINK>. Acesso em: 03.11.2009.

CHOUKR, Fauzi. **A Teoria do Garantismo Penal no Direito e no Processo Penal**. Boletim IBCCRIM, n. 77, abr.1999. Disponível em: <LINK>. Acesso em: 03.11.2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3a ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo501.htm>> Acesso em: 07.11.2009.

SILVA FRANCO, Alberto. **O juiz e o modelo garantista**. Boletim IBCCRIM, n. 56, jul.1997. Disponível em: <LINK>. Acesso em: 03.11.2009.

SUANNES, Adauto Alonso S. **Os fundamentos éticos do devido processo penal.** 2a ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

TORON, Alberto Zacharias. **O garantismo e a realidade.** Boletim IBCCRIM, n. 58, set.1997. Disponível em: <LINK>. Acesso em: 03.11.2009.